

Noot onder twee beslissingen in de zaak Kesbir HR 7 mei 2004, 02853/02 U

Citation for published version (APA):

Klip, A. (2007). Noot onder twee beslissingen in de zaak Kesbir HR 7 mei 2004, 02853/02 U. *Nederlandse Jurisprudentie*, [NJ 2007/276 & NJ 2007/277].

Document status and date:

Published: 01/01/2007

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

1. De lotgevallen van de Koerdische Kesbir heeft diverse Nederlandse rechters beziggehouden. Ik bespreek hier de twee kernpunten uit de uitleveringsbeschikking van 7 mei 2004: de dubbele strafbaarheid en het politieke delict. Uit de beslissing van 15 september 2006 zijn het risico van schending van het EVRM, alsmede het vertrouwensbeginsel van belang. Zie voorts de noot onder NJ 2007, XXXXYX.
2. Allereerst de dubbele strafbaarheid. De verdediging heeft zich op het standpunt gesteld dat de strafbaarheid naar Nederlands recht ontbreekt, nu de delicten zijn begaan in het kader van een gewapend conflict van een niet-internationaal karakter als bedoeld in het gemeenschappelijk art. 3 van de Geneefse Conventies (zie voorts weergave in overweging 3.3.3). De gedachte erachter is kennelijk dat de dubbele strafbaarheid zou ontbreken als naar Nederlands recht het gedrag als volkenrechtelijk misdrijf bestempeld dient te worden en naar Turks recht als gemeen delict. Die redenering gaat mijns inziens niet op. Als het volkenrecht wat betreft de strafbaarstelling dwingend zou voorgaan op het commune strafrecht (*quod non*) zou dat ook voor het Turkse strafrecht gelden en is de strafbaarheid in beide landen alsnog op hetzelfde niveau en van vergelijkbare aard.
3. De HR spreekt zich niet uit over het karakter van het conflict omdat dit er voor de dubbele strafbaarheid niet toe doet (3.3.5.). De AG gaat verder in zijn bespreking van het karakter van het conflict waarbinnen de feiten zijn begaan en concludeert dat slechts kan worden gesproken van interne onlusten of ongeregelde toestanden en niet van een intern gewapend conflict, omdat de PKK o.a. niet voldoet aan de eis dat zij het binnen een bepaald gebied voor het zeggen zou hebben (Conclusie nrs. 27-29).¹ De AG neemt daarmee afstand van de zogenaamde Tadić-definitie van niet-internationaal conflict die door het Joegoslavië-tribunaal is geformuleerd.²
4. Min of meer gelijktijdig met de uitleveringsprocedure liep ook nog een procedure over de verblijfstitel van Kesbir. Opmerkelijk is dat de Raad van State het conflict wel kwalificeert en van oordeel is dat op de handelingen van de opgeëiste persoon (ik ga er voor het gemak maar even van uit dat in de vreemdelingrechtelijke procedure dezelfde gedragingen centraal stonden) Protocol II bij de Geneefse verdragen van toepassing waren.³ Zou de HR als uitleveringsrechter eveneens de delicten onder schendingen van Protocol II hebben gebracht, dan zou daarmee het Eerste Aanvullende Protocol bij het Europees Uitleveringsverdrag van toepassing zijn.⁴ Dit Protocol sluit in artikel 1 sub c uit dat schendingen van het oorlogsrecht als politiek delict kunnen gelden. Nederland heeft zich echter voorbehouden uitlevering voor gevallen onder c te weigeren. Het beeld dat uit de beslissingen van de Hoge Raad en de Raad van State opdoemt is toch tegenstrijdig. Enerzijds wordt door de Raad van State voor de toepassing van de weigeringsgrond van artikel 1F Vluchtelingenverdrag de strijd tussen PKK door de Raad van State als intern-conflict in de zin van Protocol II

¹ Zie L. Zegveld, *Armed Opposition Groups in International Law: The Quest for Accountability*, diss. Rotterdam, proefschriftuitgave 2000, p.108 en F. Kalshoven en L. Zegveld, *Constraints on the Waging of War*, 3rd. Ed. International Committee of the Red Cross 2001.

² ICTY, Decisions on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-I-AR72, A.Ch., 2 October 1995, Klip/ Sluiter, *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals* I-33, par. 70; ICTR, Judgement, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998, Klip/ Sluiter, ALC-II- 399, par. 619-627.

³ Raad van State, 23 juli 2004, LJN AQ5615.

⁴ Afgezien van het feit dat Turkije geen partij is bij dat Protocol.

aangemerkt, zodat zij op grond van het vermoeden dat zij Protocol II mede zou hebben geschonden geen vluchtelingenstatus kan verkrijgen. Anderzijds spreekt de Hoge Raad zich niet uit over deze vraag. Zou hij dat wel hebben gedaan, had Kesbir zich niet meer op het politieke karakter van het delict kunnen beroepen.

5. Daarnaast bespreekt de AG (Conclusie nr. 43 e.v.) de vraag of het überhaupt relevant is voor de vraag van dubbele strafbaarheid of de Wet Internationale Misdrijven dan het Wetboek van Strafrecht terzake van toepassing is. Immers vereist het uitleveringsrecht dat sprake is van een vergelijkbare inbreuk op de rechtsorde. In dat verband bespreekt hij de verhouding tussen het internationale humanitair recht en het commune strafrecht. De in gemeenschappelijk artikel 3 neergelegde norm beoogt betrokkenen in een intern gewapend conflict van een bepaalde minimumbescherming te voorzien.⁵ Het artikel belet niet dat staten handelingen die de grenzen van de geweldsuitoefening zoals door het internationaal humanitair recht te buiten gaan, strafbaar stellen.
6. De verdediging stelt een en ander tevens aan de orde omdat uit de toets van de dubbele strafbaarheid voortvloeit dat van een vergelijkbare inbreuk op de rechtsorde sprake dient te zijn. In dat verband is dus relevant te bezien of de gedragingen die naar Turks recht algemeen strafbaar zijn gesteld naar Nederlands recht niet als internationaal misdrijf hebben te gelden. Dat handelingen, die als schendingen van internationaal humanitair recht kunnen worden aangemerkt, tevens kunnen vallen binnen de delictsomschrijving van een algemeen delict is derhalve niet uitgesloten.
7. Ik meen dat de HR hier de verhouding tussen het internationale strafrecht en het commune strafrecht juist heeft geïnterpreteerd. In wezen gaat het bij de strafbaarstellingen op het internationaal vlak om handelingen die dikwijls ook als algemeen delict vervolgbaar zijn. Het gaat dan om gevallen van ééndadse samenloop. Echter deze delicten zijn begaan in een speciale context of met een speciale bedoeling, waardoor zij zich als internationaal misdrijf laten kwalificeren. Het ombrengen van iemand vanwege zijn ras of geloof is ook als gewone moord of doodslag te kwalificeren, maar juist vanwege het bijzonder oogmerk om mensen van dat speciale ras of geloof te vernietigen eerder een genocide. Het commune delict en het internationale misdrijf verhouden zich dan als specialis en generalis tot elkaar, waarbij soms het commune delict specialis zal zijn, soms het internationale misdrijf. Een moord of verkrachting zal binnen de specialis van de artikelen 4, 5 of 6 WIM vallen indien de specifieke omstandigheden daarop aanvullend aanwezig zijn. Anderzijds kan ook een algemeen delict specialis zijn. Te denken valt daarbij aan de strafbaarstelling van de ongeoorloofde handel in bepaalde goederen, wapens of chemische stoffen waarmee internationale misdrijven kunnen worden voorbereid of gepleegd. Een en ander weer afhankelijk van de deelnemingsvorm. De stelling van de verdediging dat het oorlogsrecht steeds als specialis dient te gelden ten opzichte van het commune strafrecht gaat dus niet op (zie ook Conclusie AG Jörg, nr.21). Aangezien het hier gaat om de verhouding tussen twee Nederlandse wetten, zijn de gewone regels van toepassing. Dat de misdrijven uit de Wet Internationale Misdrijven een volkenrechtelijk achtergrond hebben is niet beslissend voor voorrang. Tenzij het volkenrecht terzake een bepaling kent dat de vervolging van internationale misdrijven niet gedenatureerd mag worden (art.17 en 20 Statuut Internationaal Strafhof) door deze te vervolgen als commune delicten.

⁵ In de context van de vraag of iemand al dan niet als vluchteling wordt erkend omdat hij een oorlogsmisdrijf zou hebben begaan (art. 1 f Vluchtelingenverdrag) is dit argument wel relevant. Het feit dat de Geneefse verdragen schending van het gemeenschappelijk artikel 3 niet kwalificeren als oorlogsmisdrijf, sluit strafrechtelijke aansprakelijkheid weliswaar niet uit, maar dan gaat het niet meer om een oorlogsmisdrijf. Zie Rb. 's-Gravenhage, zp Haarlem, 28 september 2004, LJN AR3071.

8. Het internationaal humanitair recht beperkt dikwijls de toepasselijkheid van het commune delict in de zin dat bepaalde handelingen die algemeen strafbaar zijn, dat naar internationaal humanitair recht niet zijn. Het beroep van de verdediging op de voorrang van het oorlogsrecht betekent feitelijk dat zij de toepasselijkheid van een strafuitsluitingsgrond (al dan niet naar Nederlands recht) inroept.⁶ De rechtspraak toont geen gevallen van een dergelijke beoordeling door de uitleveringsrechter in zijn onderzoek naar de dubbele strafbaarheid.⁷
9. Het tweede anker waarvoor de verdediging in de uitleveringszaak is gaan liggen, betreft het politieke karakter van het delict. Omdat de HR de strafbaarheid naar Nederlands recht ziet in overtreding van de artikelen 140 juncto 289 en 303 Sr, sluit hij de toepasselijkheid van de absolute politieke delicten van artikel 93 en 96 Sr uit (de AG achtte art. 93 Sr wel van toepassing). Om die reden dient nog te worden onderzocht of het in casu gaat om relatieve politieke delicten.
10. De HR gaat vervolgens in op de betekenis van het Nederlands voorbehoud bij artikel 13 van Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme. Dat verdrag beoogt de exceptie van het politieke delict bij bepaalde delicten buiten spel te zetten. Merkwaardigerwijs laat artikel 13 toe dat alsnog vanwege het politieke karakter wordt geweigerd. Om die reden toetst de HR. De HR geeft aan hoe hij deze toets verricht (3.4.9.) en houdt voor het overige vast aan de lijn die reeds in de RAF en IRA-rechtspraak is uitgezet (zie Conclusie AG, nrs. 63-98). De HR stelt vast dat aan de eis dat het delict in de redelijke voorstelling van de dader rechtstreeks tot het beoogde politieke einddoel kon leiden niet is voldaan. Voorts acht hij het evenredigheidsvereiste in het handelen van de opgeëiste persoon geschonden. Aldus kan niet gezegd worden dat het politieke aspect van het delict zwaarder weegt dan het gewelddadig-criminele karakter daarvan. Dit past in de rechtspraak waarin de zogenaamde predominantieleer (bij de daad moet het politieke karakter zwaarder wegen) centraal staat, maar is aan niet-specialisten nauwelijks uit te leggen. Even retorisch geformuleerd: als de strijd van de PKK (het streven naar een onafhankelijk Koerdistaan) niet als politiek kan worden aangemerkt, wat dan wel?
11. De AG noemt in zijn Conclusie (nr. 31), zonder hierop overigens verder in te gaan, de plaatsing van de PKK op de lijst van terroristische organisaties door de EU. De HR laat dit punt in het geheel onbesproken. Naar mijn mening had de HR de betekenis van het EU-recht terzake in samenhang met het Europees Verdrag tot bestrijding van het terrorisme niet mogen passeren. Dat verandert overigens niets aan het resultaat van toelaatbaarheid van uitlevering, maar wel veel aan de redenering.
12. Op 27 december 2001 stelde de Raad van de Europese Unie twee Gemeenschappelijke Standpunten vast.⁸ In het Gemeenschappelijk Standpunt 930 worden de lidstaten opgeroepen om zoveel mogelijk hun onderlinge samenwerking op het gebied van de terrorismebestrijding als ook die met derde landen te versterken (artikelen 12 en 13). Een vergelijkbare verplichting staat in artikel 9 lid 3 van het Kaderbesluit inzake terrorismebestrijding.⁹ Artikel 15 van Gemeenschappelijk Standpunt 930 verplicht de lidstaten hun internationale verplichtingen volgens een in de Bijlage bij het Gemeenschappelijk Standpunt opgenomen lijst van verdragen uit te voeren. Een van

⁶ M. Krabbe, Strafuitsluitingsgronden bij de bestuursrechter, DD 2007.

⁷ Afgezien nog van de vraag of de beoordeling in abstracto of concreto dient te worden gedaan. A.H.J. Swart, Nederlands uitleveringsrecht, Deventer 1986, par. 127-130 oordeelde die vraag nog onbeslist. Ruim twintig jaar later zie ik geen tekenen van een beoordeling in concreto in het uitleveringsrecht.

⁸ Gemeenschappelijk Standpunt inzake terrorismebestrijding (2001/930/GBVB), PB 2001, L 344/90 en het Gemeenschappelijk Standpunt betreffende de toepassing van specifieke maatregelen ter bestrijding van het terrorisme (2001/931/GBVB), PB 2001, L 344/93.

⁹ Kaderbesluit van 13 juni 2002, PB 2002, L 164/3.

de genoemde verdragen is het Europees Verdrag tot bestrijding van het terrorisme. Gemeenschappelijk Standpunt 931 definieert terroristische daden in artikel 1 en bevat een inmiddels berucht geworden Bijlage van personen, groepen en entiteiten die betrokken zijn bij terroristische daden. Artikel 4 Gemeenschappelijk Standpunt 931 verplicht de lidstaten ten volle gebruik te maken van alle bevoegdheden die voor hen overeenkomstig rechtsbesluiten van de Europese Unie en andere internationale overeenkomsten, akkoorden en verdragen verbindend zijn.

13. De Bijlage bij Gemeenschappelijk Standpunt 931 werd voor het eerst gewijzigd op 2 mei 2002 en daarbij werd de PKK in de lijst opgenomen.¹⁰ Daarmee staat vast dat de PKK sinds 2 mei 2002 als groepering of entiteit wordt aangemerkt die betrokken is bij terroristische daden.¹¹ De opgeëiste persoon staat niet als individu op de lijst. Nu zij echter wel lid is van een naar Nederlands recht als terroristisch bestempelde organisatie en verdacht wordt van handelingen als bedoeld in artikel 1 van het Europees Verdrag tot bestrijding van het terrorisme, zijn de bepalingen van dat verdrag mede van toepassing in de verhouding Nederland-Turkije. De Hoge Raad gaat hier in overweging 3.4.5. eveneens vanuit. Deze kwalificatie als terroristische groepering ontnemt Nederland naar mijn mening de vrijheid die het zich bij ratificatie van het Europees Verdrag tot bestrijding van het terrorisme bij artikel 13 had voorbehouden om uitlevering wegens het politieke karakter te weigeren. Artikel 17 van het Gemeenschappelijk Standpunt 930 bepaalt dat overeenkomstig het internationale recht stappen worden ondernomen om te waarborgen “dat politieke gronden niet erkend worden als gronden tot weigering van vermoedelijke terroristen.” Ook uit de definitie van “terroristische daad” van artikel 1 lid 3 Gemeenschappelijk Standpunt 931, net als uit artikel 83a Sr, blijkt van een verband tussen de politieke dimensie en de daad bij “terrorisme”. Naar mijn mening kwalificeren de feiten zich derhalve wel degelijk als politieke delicten maar mag dat gezien de verplichtingen uit het verdrag niet leiden tot weigering van de uitlevering.¹²
14. De toepasselijkheid van artikel 7 van het Europees Verdrag tot bestrijding van het terrorisme in samenhang met de weigering van de uitlevering ingevolge het arrest van 15 september 2006 heeft tot gevolg dat Nederland de volkenrechtelijke plicht op zich heeft genomen Kesbir zelf te vervolgen. Zie voorts de noot onder HR 15 september 2006.
15. Een en ander zou niet anders worden indien het Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag tot bestrijding van het terrorisme van 15 mei 2003, Trb. 2003, 133, in werking zou zijn getreden. Weliswaar hebben Turkije en Nederland dit verdrag beiden reeds geratificeerd, omdat echter het Protocol de tekst van het verdrag wijzigt, treedt het Protocol eerst in werking nadat alle partijen bij het verdrag van 1977 het Protocol van 2003 hebben geratificeerd. Alsdan voorziet een nieuw artikel 5 lid 2 in de mogelijkheid van weigering wegens risico van foltering in de verzoekende staat. Voorts blijft de verplichting tot vervolgen na weigering van de uitlevering bestaan en

¹⁰ Gemeenschappelijk Standpunt van 2 mei 2002 inzake de actualisering van Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931/GBVB betreffende de toepassing van specifieke maatregelen ter bestrijding van het terrorisme (2002/340/GBVB), PB 2002, L 116/75. Daarbij werd als terroristische groep of entiteit aangemerkt: “Kurdistan Workers’ Party (PKK).” De PKK staat sindsdien op de lijst die ongeveer alle zes maanden wordt gewijzigd. In PB 2002, L 295/3 wordt de aanduiding gewijzigd in het Nederlands: “Koerdische Arbeiderspartij (PKK)” en in PB 2004, L 99/64 wordt daaraan toegevoegd “(alias KADEK, alias KONGRA-GEL).”

¹¹ De PKK staat nog steeds vermeld op de laatste wijziging van Gemeenschappelijk Standpunt 931 van 21 december 2006, PB 2006, L 379/129, waarbij de Koerdische Vrijheidsvalken, de Koerdische Vrijheidshaviken, de Hofstadgroep en negen individuele leden van de Hofstadgroep zijn toegevoegd.

¹² Dat is mogelijk ook het geval in de zaak die leidde tot Rb Roermond, 8 september 2006, LJN AY8874, maar is op basis van de tekst van de uitspraak niet te beoordelen.

wordt de mogelijkheid om te weigeren op grond van het politiek karakter van het delict nog verder teruggedrongen.

16. Een vraag die buiten het bestek van het arrest staat, en meer voor de wetgever van belang is, is of niet de tijd is gekomen voor een herbezinning op de betekenis van het politieke delict in het uitleveringsverkeer. Politiek geweld overstijgt immer de grenzen van het staatsverband, zodat allerlei traditionele bestaansredenen van het politiek delict (zie Conclusie AG) aan kracht hebben ingeboet.¹³ De predominantieleer heeft iets zwaks in de zin dat deze erin resulteert dat slechts succesvolle delicten politieke delicten zijn omdat zij rechtstreeks tot de omverwerping van het vorige regiem leidden en dat niet-succesvolle zulks niet zijn. Dat biedt weinig bescherming aan politiek actieven. De beoordeling van het politieke karakter van het uitleveringsdelict is geworden tot een rituele dans: Overtuigingsdaders voeren aan dat zij nobelere motieven hadden dan enkel het persoonlijk gewin, maar die motieven worden door de Nederlandse overheid niet gedeeld en het crimineel-gewelddadig aspect weegt altijd zwaarder. Dat is ook niet verwonderlijk. Nederland is vaak één met andere staten in de strijd tegen het politieke geweld dat door de verzoekende staat wordt vervolgd. In dat verband lijkt de tijd voor een herbezinning op het bestaansrecht van politieke delicten,¹⁴ mede in de context van de EU-ontwikkelingen terzake van terrorisme gekomen. Welke belangen wenst Nederland bij overtuigingsdaders gegarandeerd te zien? Is het niet voldoende wanneer deze worden beschermd op grond van artikel 3 lid 2 Europees uitleveringsverdrag (vrees voor vervolging wegens ras, godsdienst, nationaliteit of politieke gezindheid) in combinatie met de bescherming die aan het EVRM wordt ontleend? Een fraai voorbeeld daarvan is in artikel 5 lid 2 van het Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag tot bestrijding van het terrorisme van 15 mei 2003 opgenomen. De arresten in de zaak Kesbir bezegelen het lot van het politieke delict definitief: het heeft geen enkele betekenis meer in het uitleveringsverkeer. Niet het karakter van de feiten staat meer centraal, maar de behandeling die de opgeëiste persoon, mede gezien het karakter van de feiten, in de verzoekende staat te wachten staat.

Prof. mr A.H. Klip, Universiteit Maastricht

¹³ Een argument dat reeds in 1927 naar voren werd gebracht. Zie R. Corbaz, *Le crime politique et la jurisprudence du tribunal fédéral suisse en matière d'extradition*, diss. Lausanne 1927, p.168.

¹⁴ Die vraag werd in 1980 al opgeworpen door C. van den Wijngaert, *The Political Offence Exception to Extradition*, Kluwer Deventer 1980, p.201-229.

1. Dan naar het arrest van 15 september 2006. Al in het advies aan de Minister bij het arrest van 7 mei 2004 (NJ 2007, XYXYXY) gaf de HR aan dat de vrees voor foltering “niet van elke grond is ontbloot” en gaf de minister in overweging terzake nadere garanties te vragen. Vervolgens deed de Speciale Rapporteur tegen foltering van de Verenigde Naties op 28 mei 2004 een “urgent appeal” op de Nederlandse regering om niet uit te leveren.¹⁵ Bij vonnis in kort geding van 8 november 2004 en arrest van 20 januari 2005 werd de uitlevering van Kesbir, door respectievelijk de voorzieningenrechter en het gerechtshof te Den Haag, verboden. Het Hof maakt daarbij gebruik van diverse bronnen. Het beeld dat daaruit opdoemt is consistent. Turkije boekt vooruitgang met het terugdringen van marteling, maar het komt nog steeds voor. In de week voordat de HR zijn arrest wees, werd dat bevestigd door het Europees Comité ter voorkoming van marteling, dat jaarlijks Turkse gevangenen bezoekt.¹⁶
2. In het cassatiemiddel stelt de Staat de status van het vertrouwensbeginsel aan de orde. De Staat achtte op grond van het vertrouwen dat tussen staten geldt de Turkse garanties voldoende. In de toelichting op het cassatiemiddel wordt het vertrouwensbeginsel uitgelegd als dat dit zou meebrengen “dat op toezeggingen van de regering van een verdragsland *moet* worden vertrouwd.” Welke nu zijn de garanties die Turkije biedt? In feite komt hetgeen de Turkse regering biedt neer op de mededeling: wij zijn bereid ons te houden aan de voor ons geldende verdragen. Dat kan niet anders dan te weinig zijn. Immers *die* verplichting had Turkije al eerder op zich genomen en het EHRM heeft in zijn rechtspraak laten weten dat boven op die reeds bestaande volkenrechtelijke verplichting onder omstandigheden aanvullende garanties gevraagd moeten worden.¹⁷ Belangrijk voor de rechtsontwikkeling is dat het Hof ’s-Gravenhage positief formuleert waaraan die garanties dienen te voldoen: “Een toereikende garantie op dit punt zou dan ook op zijn minst moeten inhouden dat en op welke wijze de Turkse autoriteiten er in de praktijk voor zullen zorgdragen dat de justitiële en andere functionarissen waarmee Kesbir tijden haar detentie en berechting in aanraking zal komen, haar niet zullen martelen of aan enige andere onmenselijke behandeling zullen blootstellen.” (arrest Hof 4.4). De HR neemt deze positieve formulering over en stelt, cassatietechnisch, vast dat deze overwegingen geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting. Wat echter nog belangrijker is, dat de HR de gevraagde garanties plaatst binnen de uitgangspunten van het vertrouwensbeginsel. Met andere woorden: het vertrouwensbeginsel en het vragen van nadere garanties bijten elkaar niet.
3. In 1984 weigerde de HR de uitlevering nog om het enkele feit dat Turkije het individuele klachtenrecht niet had erkend.¹⁸ Sindsdien werd automatisch vertrouwen geschonken aan staten die het EVRM met individueel klachtrecht hadden erkend. Met het arrest in deze zaak is aan dat automatisme een einde gekomen. Dat is verstandig en

¹⁵ Zie Report of the Special Rapporteur, Theo van Boven, Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment, Commission on Human Rights, E/CN.4/2005/62/Add.1, 30 March 2005, p. 261-262.

¹⁶ Report to the Turkish Government on the visit to Turkey carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, gepubliceerd 6 september 2006.

¹⁷ De omvang van die aanvullende garanties verschilt van geval tot geval. Bij de doodstraf is de toezegging dat deze niet zal worden uitgevoerd voldoende. Zie voor zo’n door Turkije aan de Verenigde Staten gevraagde garantie. EHRM, 4 juli 2006, Kordian tegen Turkije, 6575/06.

¹⁸ HR 27 maart 1984, NJ 1984, 611.

volledig in lijn met de rechtspraak van het EHRM.¹⁹ Aanvaarding van een absoluut vertrouwensbeginsel zou immer ook impliceren dat er nooit een risico op een toekomstige verdragsschending zou kunnen bestaan. De AG spreekt van een relativisering van het vertrouwensbeginsel (conclusie 3.4). Ik zou eerder willen spreken van een ontwikkeling waarbij het vertrouwensbeginsel is ontdaan van zijn denaturering dat het had gemaakt tot een vertrouwensdogma. Het vertrouwensbeginsel is weer beginsel. Samengevat betekent dat het volgende. In beginsel is er vertrouwen, maar onder omstandigheden is er meer nodig. Hoeveel meer hangt af van de omstandigheden van het geval: de mate van inbreuk op het vertrouwen en de garanties dat zo'n inbreuk niet zal plaatsvinden.

4. In zijn bespreking van de verhouding tussen het EVRM en het Europees uitleveringsverdrag formuleert de HR de vertrouwensregel: het enkele feit dat de Staat zich tot een bepaalde gedraging bij verdrag heeft verplicht, belet de Nederlandse rechter niet te beoordelen of de Staat door die gedraging inbreuk maakt op een andere verdragsnorm waaraan burgers rechtstreeks rechten kunnen ontlelen.²⁰ Het nieuwe in de uitspraak zit derhalve niet zozeer in de formulering van het criterium als zodanig, dat kennen we al uit Short, maar bestaat uit een ruimer toepassingsbereik. Naast de doodstraf geldt het ook voor andere absolute rechten, zoals de bescherming tegen foltering en geldt het ook in relatie tot EVRM-staten.
5. Met dit arrest heeft de HR eveneens afscheid genomen van de rechtspraak die stelde dat slechts indien komt vast te staan dat de opgeëiste persoon *in verband met de zaak waarvoor zijn uitlevering wordt gevraagd* door functionarissen van de verzoekende staat is gefolterd, de uitlevering niet voor inwilliging vatbaar is (zie bijvoorbeeld HR 20 mei 2003, NJ 2004, 41). Over het laten vallen van die onhoudbare beperking kan niet worden getreurd. In het licht van het folterverbod van artikel 3 EVRM en artikel 3 VN-Verdrag tegen Foltering gaat het er om dat er voor de opgeëiste persoon reëel risico op foltering bestaat. Causaal verband tussen de delicten waarvoor uitlevering is gevraagd en *waarom* de verzoekende staat in het verleden daartoe is overgegaan of in de toekomst daartoe zal overgaan, doet er niet toe. Het folterverbod is absoluut.²¹ Met de vooropstelling in overweging 3.3 van het arrest, dat als uitgangspunt moet “worden aanvaard, dat uitlevering een schending kan opleveren van art. 3 EVRM indien de uitgeleverde persoon een reëel gevaar loopt om in het ontvangende land gefolterd te worden of anderszins een onmenselijke of vernederende behandeling te ondergaan” geeft de HR mijns inziens terecht een ongeclausuleerde interpretatie van het folterverbod.
6. Sinds HR 25 mei 2004, NJ 2005, 243 is er toch wel wat gebeurd bij de HR. Daar werd, zoals de AG in zijn conclusie (nr. 4.7) vaststelt, een principieel andere oriëntatie op het vertrouwensbeginsel van de hand gewezen. Dat zal aan twee aspecten hebben gelegen. Enerzijds drong de AG destijds erop aan de gehele taakverdeling tussen minister en rechter te herzien. Ten tweede betrof de rechter in die zaak niet de civiele kamer van de HR in kort geding maar de uitleveringsrechter. Een andere benadering van het vertrouwensbeginsel vereist echter niet de drastische stap van een andere taakverdeling.

¹⁹ Een en ander was met verve verdedigd door Keijzer als AG in zijn conclusie bij HR 25 mei 2004, NJ 2005, 243 en in zijn opstel Goede trouw in het uitleveringsrecht, DD 2005, p. 490-510.

²⁰ Deze formulering is afkomstig uit de zaak Short HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249.

²¹ Ik verwijs naar mijn noot onder HR 25 mei 2004, NJ 2005, 243 voor wat betreft het verschil tussen absolute en relatieve EVRM-rechten en de betekenis hierbij van de vraag of de verzoekende staat al dan niet gebonden is aan het EVRM.

7. Nu Nederland alsnog de uitlevering van Kesbir heeft geweigerd, treedt (voorzover ik het kan overzien voor het eerst in de geschiedenis) het door Hugo de Groot geredigeerde beginsel *aut dedere aut judicare* in werking (art. 7 Europees Verdrag tot bestrijding van het terrorisme). Hierin ligt besloten dat Nederland na weigering van de uitlevering de zaak zelf zal moeten vervolgen, althans zal moeten voorleggen aan zijn vervolgingsorgaan.²² Bij de ratificatie van het Europees Verdrag tot bestrijding van het terrorisme is erin voorzien dat het geweigerde uitleveringsverzoek geacht werd te zijn omgezet in een geaccepteerd verzoek tot overdracht van strafvervolgning (art. 552hh Sv). De HR refereerde in zijn uitspraak van 7 mei 2004 (3.4.6.) al aan dat gevolg. Nu de Turkse rechtsmacht gebaseerd is op een beginsel dat naar Nederlands recht ook bestaat: territorialiteit (art. 2 Sr), dient Nederland ingevolge artikel 6 en 7 van het verdrag te vervolgen.²³ Artikel 4a Sr geeft Nederland daarvoor de rechtsmacht, waarover het zonder het afgewezen uitleveringsverzoek niet zou beschikken.²⁴
- Wordt vervolgd.

Prof. mr A.H. Klip, Universiteit Maastricht

²² Voor de toepassing van dit beginsel is niet relevant wat de reden van weigering was. Wat telt is dat Nederland weigert, niet of het het delict al dan niet van politieke aard beschouwde. Het opportuniteitsbeginsel blijft echter bestaan.

²³ Zie Y.G.M. Baaijens-van Geloven, Overdracht van strafvervolgning, dissertatie Tilburg 1996/ alsmede Melai c.s. Commentaar op het Wetboek van Strafvordering, aant. 1 op art. 552hh Sv.

²⁴ Kamerstukken II, 1979-1980, 15972, nrs. 1-3, p. 20-21; Y.G.M. Baaijens-van Geloven, Overdracht van strafvervolgning, dissertatie Tilburg 1996/ alsmede Melai c.s. Commentaar op het Wetboek van Strafvordering, aant. 2 op art. 552hh Sv.